

**REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO**

---

**EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL EN LA  
SECUENCIA COMPARATIVISTA DE LOS  
FUNDAMENTOS DEL DERECHO EUROPEO**

**THE SPANISH CIVIL CODE IN THE  
COMPARATIVIST SEQUENCE OF THE  
FOUNDATIONS OF EUROPEAN LAW**

**Armando Torrent**

Catedrático de Derecho Romano  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

En un libro anterior sobre Fundamentos del derecho europeo<sup>1</sup> había dejado de lado el C.c. español para fijarme fundamentalmente en el *Code* Napoleón y el *BGB* alemán como piezas fundamentales en la andadura del derecho europeo en los s. XIX y XX desde el punto de vista que me interesa particularmente: rastrear los fundamentos del derecho europeo para en la medida de lo posible contribuir desde el ángulo de la ciencia del derecho y del derecho comparado a la construcción de la auspiciada unificación jurídica europea, lo que podríamos llamar desde una

---

<sup>1</sup> TORRENT, *Fundamentos del derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, (Madrid 2007). En aquella ocasión había tratado el código civil francés (*Fund.*, 300 ss.) y el BGB alemán (*Fund.*, 317 ss.), como sistemas legislativos que habían tenido una influencia mayor que cualesquiera otros códigos en la andadura posterior del derecho europeo. Con el presente trabajo pretendo subsanar aquella omisión, porque para los estudiosos empeñados en la unificación jurídica europea, y especialmente para los juristas españoles, nuestro C.c. es una herramienta de la que no podemos prescindir, como tampoco los comparativistas que necesariamente deben analizar los diferentes códigos vigentes en Europa, en los que reconoce la Comisión y el Parlamento europeos una "conciencia jurídica europea común", que a su vez necesariamente también trasluce una intensa tradición romanística que arranca remotamente del derecho romano, y posteriormente del *ius commune* y subsiguiente tradición romanística prácticamente vigente en Europa hasta la etapa codificadora que arranca de finales del s. XVIII auspiciada por el iusnaturalismo racionalista (*Fund.* 285 ss.).

perspectiva historicista, neo *ius commune europaeum* al que aspiran los Tratados Fundacionales de la Comunidad Económica Europea de 1957, hoy Unión Europea desde el Tratado de Maastricht de 1992. En este sentido, por la influencia que ejercieron en la doctrina y legislación de otros países, solamente traté entonces el *Code Napoleon* de 1804 y el *BGB* de 1900<sup>2</sup> que fueron los monumentos más significativos que plasmaron en códigos la larguísima andadura del derecho en Europa, códigos que aparentemente desde ópticas de partida muy particulares cada uno, significaron la última gran pieza legislativa de la tradición romanística de base jurisprudencial<sup>3</sup> cerrando un ciclo de producción del derecho que se traspasó desde una compleja andadura jurisprudencial a un neto positivismo con la ilusa pretensión de considerar los

---

2

<sup>2</sup> No podemos silenciar la influencia de los primeros códigos germánicos, especialmente el prusiano de 1794. Vid. TORRENT, *Fund.* 297 ss.

3

<sup>3</sup> A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. I. Le fonti e il pensiero giuridico*, (Milano 1979) 484, entiende que la historia de la codificación es historia de aquel tipo de ordenamiento que en todo el continente europeo derivaba de la crisis de un precedente régimen jurídico con marcados caracteres jurisprudenciales, resultado de la profunda convergencia hacia un mismo fin (estatalización, unificación y certificación del derecho) de los programas reformistas del absolutismo y de las instancias individualísticas y liberales.

códigos sistemas cerrados en sí mismos en los que encontrar la solución a todos los problemas de la vida cotidiana. Si el C.c. francés y el BGB fueron los dos polos más importantes del neopositivismo jurídico, también fueron importantes otros códigos de los grandes países europeos, fundamentalmente España e Italia. Por supuesto que una estricta metodología comparativista exige también el conocimiento de otros códigos europeos cuando se afronta el tema de la unificación jurídica europea tanto desde un plano general de análisis del desarrollo del derecho europeo que es la vía que yo había seguido en el 2007, como desde el análisis de instituciones singulares que es la vía seguida por Lucchetti y Petrucci<sup>4</sup>, y Laura Solidoro<sup>5</sup>.

Para el mejor conocimiento de la evolución de los diferentes derechos nacionales europeos en la Edad Contemporánea es imprescindible conocer los diversos códigos de los Estados comunitarios; desde luego esto significa hacer derecho comparado, tarea necesaria al

---

4

? G. LUCCHETTI – A. PETRUCCI (cur.), *Fondamenti romanistici del derecho europeo. I. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, (Bologna 2010); *id.*, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. II. Materiali e commento*, (Bologna 2010).

5

? L. SOLIDORO, *La tradizione romanística nel dir. eur.* I<sup>2</sup>, caps. V y VI.

legislador y tribunales de la UE para la construcción del nuevo *ius commune*, y así lo vemos en los alegatos de los Abogados Generales ante el Tribunal de Justicia de la UE, y en las sentencias de la Corte de Estrasburgo que antes de decidir la solución al tema litigioso realizan una comparación entre las soluciones propuestas en los ordenamientos internos de los países comunitarios<sup>6</sup>, y de ahí la gran utilidad a efectos comparativistas del conocimiento de los ordenamientos particulares. Desde esta perspectiva afronto en este trabajo el análisis del C.c. español; también es necesario el conocimiento de los códigos civiles italiano y portugués, aparte de otros códigos como el belga, el holandés, el suizo, el austríaco, los nórdicos, y hoy los de los países del Este que se van incorporando a la UE en cuanto obviamente también reflejan la andadura de sus respectivos derechos nacionales, que a su vez forman parte de los fundamentos para la construcción de un derecho europeo unificado que fundamentalmente entiendo como tarea de la ciencia del derecho con el auxilio de investigaciones histórico-jurídicas y de derecho comparado. Se pensó desde los centros de poder comunitario que el camino hacia la unificación jurídica sería más fácil desde el ángulo del derecho privado, e incluso se ha presentado un

---

6

? TORRENT, *Derecho romano, derecho comparado y unificación jurídica europea*, en *SDHI* 76 (2010) 596.

proyecto privado de código de las obligaciones<sup>7</sup>, enfrentado a tantas dificultades que hoy la tarea de llegar a promulgarse un código europeo unitario pretendido en el proyecto de *Principles of European Contract Law* debidos al grupo de trabajo presidido por O. Lando ha cambiado de rumbo, pensando que la tarea unificadora debe arrancar del deslinde de los principios comunes de la conciencia jurídica europea tal como se formula en el actual *Draft Common Frame of Reference* en el que trabaja la comisión presidida por Christian von Bahr.

En este contexto el análisis del C.c. español<sup>8</sup> constituye otra pieza más para la construcción en clave comparativística de la unificación jurídica europea, y al efecto me parece conveniente presentar algunas reflexiones sobre la publicación del C.c. español de larguísima y laboriosa gestación, cuya redacción siguió por un lado las bases fundamentales de la tradición jurídica castellana con todos los avatares que aportó la recepción del *ius commune* en España a partir del s. XII<sup>9</sup>, y por otro la fortísima influencia del *Code Napoleon*

---

7

? TORRENT, *Fund.* 60 ss.

8

? Vid. TORRENT, *Instituciones de derecho privado. I.1, Derecho civil. Parte general*, (Zaragoza 1994) 28 ss.; Id., *Derecho romano, derecho comparado y unificación jurídica europea*, en *SDHI*, 76 (2010) 647 ss.

9

de honda inspiración romanista. Por fortuna sus redactores no llegaron a conocer el BGB con su subyacente doctrina pandectística que quizá pudiera haber añadido algún confusiónismo al trabajo compilatorio al mezclar la tradición romanista descarnada del C.c. francés y la dogmática abstractizante pandectista del BGB. Si nuestro C.c. recogió el tradicional derecho de Castilla, de haber manejado conjuntamente las tendencias francesa y pandectista el resultado no hubiera sido tan claro: pensemos que en Italia hubieron de pasar 80 años para legalizar la doctrina pandectista en el código civil de 1942.

El movimiento codificador en Europa arrancaba a nivel filosófico del iusnaturalismo racionalista, y a nivel político más inmediato de la Revolución Francesa con sus ideales de libertad e igualdad para todos postulando una nueva legislación derogatoria de la regulación del *Ancien Régime*, en cuanto las monarquías absolutas de la época tal como habían sido teorizadas por Hobbes, aspiraban a una legislación territorial que desde el Mundo Antiguo hacía ver el derecho como uno de los factores más poderosos de cohesión, y en este sentido el derecho romano significó un factor extraordinario de unificación jurídica en el

---

<sup>?</sup> Vid. TORRENT, *La recepción del derecho justiniano en España en la Baja Edad Media (siglos XII-XV), un capítulo en la historia del derecho europeo*, en *RIDROM X* (2013) 27 ss.

Mundo Antiguo. El impulso codificador que recorrió Europa en España se inició en las Cortes de Cádiz el 5 de febrero de 1811 a iniciativa del diputado Espiga y Gadea aprobada en el art. 256 de la Constitución de Cádiz de 1812 que prescribía: “el código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”. Es de advertir el espíritu universalista de este impulso codificador que pretendía una misma legislación para España y los territorios americanos de ultramar bajo la corona española que irían alcanzando su independencia a lo largo del s. XIX. El gobierno nombró incluso una comisión para la redacción de un proyecto de C.c. abortada por la reacción conservadora de 1814.

La aspiración a un derecho con validez territorial ya se había hecho sentir en España primero con la dominación romana, debiendo observarse que todas las leyes municipales que conocemos (*leges Irnitana, Salpensana, Malacitana, irnitana*) están redactadas *more romano* (para mí simplemente eran leyes de control romano sobre Hispania, y la *lex Irnitana* cap. 93 reenvía expresamente al *ius civile* y *ad edictum praetoris*, más tarde con la legislación visigótica (*Lex Romana Wisigothorum*) muy influenciada por el romanismo que estuvo en vigor hasta la invasión musulmana del 711 d. C., e incluso después entre los hispanos que vivían entre musulmanes (mozárabes) en la medida que

la dominación musulmana toleró<sup>10</sup> las distintas religiones (cristianismo, judaísmo) hasta la llegada de los almohades en 1144 imbuídos de un fuerte rigor ascético ausente en la población bereber (habitantes del Magreb, norte de Marruecos y Túnez) mayoritaria entre los invasores del s. VIII, cuya adhesión al islamismo era muy reciente, de etnia diferente a los árabes dependientes del califato de Damasco primero y de Bagdad después que sostuvieron frecuentes contiendas contra las élites gobernantes árabes que se reservaban las ventajas más suculentas de la invasión (tierras, botín), lo que imprime a la invasión musulmana de los primeros tiempos una fuerte motivación económica antes que religiosa.

La legislación hispana con validez territorial se extendió con el renacimiento jurídico medieval a medida que avanzaba la Reconquista, del que da muestra tanto la legislación de inspiración romanística de Alfonso el Sabio con las *Partidas*, como la inspirada en el derecho tradicional castellano (*Fuero Real*). Ciertamente es que la legislación de *Partidas* no adquirió vigencia inmediata por la oposición de nobles y villas que la consideraban firme bastión de una creciente autoridad real que disminuía sus privilegios y franquicias, adquiriendo vigencia como derecho supletorio en el

---

<sup>10</sup> TORRENT, *El derecho musulmán en la España medieval*, en *RIDROM* VIII (2012) 188 ss.

Ordenamiento de Alcalá de 1348, o como dice Cavanna<sup>11</sup>, desde 1348 el derecho común –en su versión nacionalizada- entró oficialmente en la praxis castellana haciendo posible el ingreso progresivo y la utilización en los tribunales de toda la grandiosa producción jurisprudencial externa a la *Ley de las Siete Partidas* recogida en la inmensa mole de glosas y comentarios a los textos justinianos que se bifurcó posteriormente en la ciencia jurídica europea de una parte en el *mos italicus*<sup>12</sup> seguido mayoritariamente en España, y de otra en el *mos gallicus* seguida por la jurisprudencia culta o elegante del Renacimiento, que no parece haber tenido muchos seguidores en la España de los primeros tiempos de la Edad Moderna.

Precisamente los monarcas castellanos se dieron cuenta de la prolijidad de la inmensa masa de glosas y comentarios, introduciendo autoritariamente una especie de “ley de Citas”. Una intervención significativa que predicaba la unificación jurídica jurisprudencial la promulgó en 1427 mediante pragmática Juan II de Castilla prohibiendo citar en juicio opiniones diversas de juristas posteriores a Juan de Andrés y Bartolo; de igual modo en 1499 los Reyes Católicos prohibieron citar juristas que no fueran Bártolo y Baldo en cuestiones de

---

11

<sup>?</sup> CAVANNA, *Storia dir. mod. Eur.* I, 422.

12

<sup>?</sup> Cfr. TORRENT, *Fund.* 261 ss.

derecho civil, y Juan de Andrés y Nicolás de los Tedescos para cuestiones de derecho canónico, de tal modo que en la praxis de los tribunales españoles quedaron “canonizados”<sup>13</sup> aquellos cuatro juristas al vetar la cita de todos los demás *doctores legum*, providencia que estuvo en vigor hasta 1505 en que las *Leyes de Toro*, aún más restrictivas, ordenaron que en los recursos dirigidos directamente al rey no siguieran siendo citados aquellos cuatro juristas, medida que la práctica no parece haber sido acatada. Sin embargo en las *Ordinações Filipinas* dadas para Portugal por el rey de España (y Portugal) en 1603, se vuelve a mantener en vigor la vinculación de los tribunales a Bartolo y la Glosa, texto que perduró en Portugal hasta la codificación, y que asimismo estuvo en vigor en Brasil.

A finales del s. XV ya se advierte un giro en la producción del derecho que intenta desarrollar una actividad legislativa de la monarquía española tendente a una consolidación del derecho que arranca en época de los Reyes Católicos que en las cortes de Toledo de 1480 iniciaron una notable tarea recopiladora demostrativa de una política de unificación jurídica que iniciada con los Austria será continuada por los Borbones, política que indudablemente iba en detrimento de los derechos locales. En 1480 los Reyes Católicos dieron encargo a Alonso Díaz de Montalvo que había realizado una cuidada edición glosada de las

---

<sup>13</sup> CAVANNA, *St. dir. mod. Euro.*, I, 423.

*Partidas* (el otro gran comentario de las *Partidas* se debe a Antonio Pérez), la confección de una edición ordenada de todo el derecho en vigor que acabó en 1484 (*Ordenamiento de Montalvo*), que aunque no recibió consagración oficial, fue muy utilizado en la práctica siendo finalmente promulgado por Felipe II en 1567 añadiendo la legislación real promulgada entre tanto que culminó en la llamada *Nueva Recopilación*, que con sucesivas ediciones y puestas al día estuvo en vigor hasta la *Novísima Recopilación* de 1805; de todos modos seguían subsistente diversos derechos territoriales (los llamados posteriormente derechos forales) subsistentes hasta su derogación por Felipe V, primer rey borbón en los Decretos de Nueva Planta a principios del s. XVIII. La *Nueva Recopilación* recogida en 9 libros significó un paso importante en la unificación, centralización y clarificación del derecho vigente con criterios de unidad sistemática eliminando las antinomias de cerca de 4.000 leyes, ordenanzas y pragmáticas.

No parecen haber seguido el *mos gallicus* los teólogos-juristas de la Segunda Escolástica Española, muy influenciada por el tomismo y un neo iusnaturalismo cristiano<sup>14</sup>, entre los que deben destacarse Francisco

---

14

? En realidad derogaron el derecho natural tal como se venía entendiendo hasta el momento; TORRENT, *Segunda Escolástica Española y renovación de la ciencia del derecho en el siglo XVI: un capítulo de los fundamentos del derecho europeo*, en TSDP VI

de Vitoria (1492-1546), Domingo de Soto (1494-1560); Luis de Molina (1535-1600), Fernando Vazquez (1512-1569), Gabriel Vázquez (1531-1604), Francisco Suárez (1548-1617), que trajeron una profunda renovación de la ciencia jurídica española (y europea) del s. XVI con notables aportaciones al constitucionalismo presentando una nueva visión general del Estado y sus funciones esenciales, el derecho internacional (Grozio experimentó una influencia decisiva de Vitoria, que en mi opinión es el verdadero padre del derecho internacional público<sup>15</sup>), una nueva doctrina económica precursora de la Escuela austríaca de Economía en la consideración del hombre en su vertiente económica, además de ciertas doctrinas de derecho privado como la justificación de la propiedad, de tal manera que al decir de Cavanna<sup>16</sup> en la Segunda Escolástica Española no solo se encuentra el primer fundamento teórico estrictamente moderno, no sólo una ciencia del derecho internacional (derivado del descubrimiento español del Nuevo Mundo), y una doctrina general del Estado, sino también una más amplia construcción de las categorías

---

(2013) 16.

<sup>15</sup> TORRENT. *Segunda Escolástica Española* 29.

<sup>16</sup>

<sup>?</sup> CAVANNA, *St. dir. mod. Eurr.*, I, 329.

e institutos fundamentales del derecho privado, de manera que la especulación de los teólogos españoles desarrolló un papel de mediación entre la metafísica jurídica medieval y el individualismo iusnaturalista de la Edad Moderna, por lo que entiendo que esta Segunda Escolástica española debe ser incluida cabalmente en la secuencia histórica de fundamentos del derecho europeo moderno.

En realidad la unificación jurídica española ya se había vivido en los seis siglos de dominación romana, desde finales del s. III a. C. a finales del s. V d. C., y no hay que olvidar que el derecho romano fue el gran factor unificador del derecho en el Mundo Antiguo; luego con la dominación visigótica desde finales del s. V al VIII en que la invasión musulmana volvió a disgregar las distintas regiones fragmentando la unidad política y jurídica de Hispania en distintos reinos a medida que la Reconquista iba avanzando hacia el sur, fragmentación que en el campo del derecho privado seguimos viviendo en nuestros días con los llamados derechos forales (hoy compilaciones de derecho civil especial). Desde finales del s. XV Con los Reyes Católicos España encontró de nuevo su unidad política y territorial, que en este sentido es la nación-Estado más antigua de Europa experimentándose desde entonces sucesivos intentos de unificación jurídica acentuados con los Decretos de Nueva Planta de Felipe V hasta llegar al C.c. Indudablemente desde los Reyes Católicos habían

empezado a sentirse impulsos codificadores. Según Cavanna<sup>17</sup> “la consolidazione ottocentesca è da mettersi in relazione ad una continua e incontrollata crescita della marea legislativa ed ai conseguenti problemi di reperimento, di conciliazione e di riordinamento delle leggi, problemi che la *Recopilación* cinquecentesca non poteva più assolutamente far fronte”, y tampoco tuvieron resultados felices los intentos de unificación jurídica sentidos en el s. XVIII.

La semilla codificadora que trataba de conciliar una legislación dispersa que necesitaba ser aclarada y coordinada derogando las leyes caídas en desuso, en el s. XVIII estuvo *in mente* de un rey culto y reformador como Carlos III<sup>18</sup> (1766-1788), típico representante de la Ilustración española que encargó a don Manuel de Lardizábal (1744-1820), gran jurista que ejerció funciones jurisdiccionales en la Cancillería (tribunal superior) de Granada, reformar y poner al día la *Nueva Recopilación*, tarea finalizada en 1786 que no obtuvo confirmación oficial. Entre tanto la ola codificadora ya

---

<sup>17</sup> CAVANNA, *St. dir. mod. Eur.* I, 267-268.

<sup>18</sup>

<sup>?</sup> Antes de reinar en España había sido rey de Nápoles y las dos Sicilias iniciador de las excavaciones de Pompeya y Herculano; a él se debe también la construcción del bellísimo palacio de Capodimonte, prosperando Nápoles en general de modo floreciente durante la dominación española honrada por la ciudad de Nápoles con imponentes estatuas de sus reyes hispánicos, como también en Palermo.

había arrojado resultados claros en los primeros códigos germánicos del s. XVIII<sup>19</sup> inspirados por el empuje del iusnaturalismo racionalista europeo, entre los que ocupa un lugar destacado el código prusiano de 1794. Detenido el impulso reformista de Lardizábal, el rey Carlos IV (1748-1812) encargó continuar la tarea codificadora a don Juan de Reguera Valdelomar, que pudo acabar el trabajo iniciado por Lardizábal plasmado en la publicación oficial de 25 de julio de 1805 con el nombre de *Novísima Recopilación* dividida en doce libros, todavía con una sistemática expositiva dispersa pues mientras los primeros nueve libros estaban dedicados al derecho constitucional y administrativo, compendiando en los tres últimos el derecho civil, penal y procesal, y que estuvo en vigor durante gran parte del s. XIX hasta la publicación de códigos especiales, penal, de comercio, leyes de Enjuiciamiento, hasta el último, el civil de 1888.

En la andadura de aquella gran evolución legislativa aclaratoria, compendiadora y unificadora española que arranca del s. XVI, y especialmente en los intentos del s. XVIII, no cabe duda que tuvieron gran influencia los movimientos iusnaturalistas que venían de la Segunda Escolástica Española, el posterior movimiento del iusnaturalismo racionalista europeo, más los ideales iluministas de certeza, simplicidad,

---

19

? TORRENT, *Fund.* 297 ss.

estatalidad del derecho y la ideología codicística típica del liberalismo individualista imperante en Francia, acentuadísimo en España durante el s. XIX con los afrancesados liberales (tema magistralmente estudiado por Artola) en oposición al centralismo absolutista de los Borbones, provocando frecuentes contiendas entre liberales y conservadores cuya consecuencia fue una efímera República en 1868 con la posterior restauración de la monarquía borbónica (salvado el efímero reinado de Amadeo de Saboya), que sería desterrada en 1931 y de nuevo restaurada en 1975. Con todo iba avanzando en España de modo arrollador durante el s. XIX el movimiento codicístico, al igual que en otros países europeos. Cavanna<sup>20</sup> de todos modos entiende que incluso la *Novísima Recopilación* española nació vieja y anticuada, inspirándose en técnicas y exigencias absolutamente tradicionales y preiluminísticas, declarando en el acto de promulgación que se habían querido repartir ordenadamente normas nuevas y antiguas, y que se había querido hacer un cuerpo metódico de legislación para que con su estudio y el de las *Partidas* (¡hasta el s. XIX llegaba la larga mano de la legislación alfonsina!), fuera posible adquirir la ciencia necesaria para la administración de la justicia.

La gestación del C.c. español aprobado finalmente en 1888 fue muy ardua<sup>21</sup> y llena de complicaciones,

---

<sup>20</sup> CAVANNA, *St. dir. mod. Euro.*, I, 268.

<sup>21</sup>

tanto políticas (los sucesivos gobiernos del s. XIX con alternancias liberales y conservadoras) como de contenido (inclusión o exclusión de los derechos forales), complicaciones que también existieron en la legislación de los países americanos<sup>22</sup> ansiosos de códigos una vez alcanzada su independencia de

---

<sup>?</sup> Vid. una sucinta exposición de las etapas codificadoras en TORRENT, *Derecho civil*, I.1, 29-33.

22

<sup>?</sup> La proliferación de textos es nociva para la seguridad jurídica, y en un determinado momento se hacen necesarias las recopilaciones o codificaciones para conocer el derecho aplicable. Esta exigencia fue conocida y descrita por el emperador Justiniano siendo uno de los motivos principales para acometer la compilación del *Corpus iuris ciivilis*; lo mismo ocurrió en la España del s. XIII en la legislación de Alfonso X el Sabio. Señala F. J. ANDRES SANTOS, *Los proyectos de recopilación del derecho indiano en época de Felipe IV*, en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 11 (2007) 45-69. que el *Fuero Real* recogió el tradicional derecho castellano, y con las *Partidas* el *ius commune* de tradición romanística. Lo mismo ocurrió en la América española como se comprueba en la *Recopilación de las leyes de Indias* (1680) en tiempos de Carlos II. Advierto un paralelismo entre la codificación justiniana que seguía la línea trazada por anteriores textos generalizadores romanos: Códigos Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano, y compilaciones privadas (las llamadas compilaciones en cadena prejustinianas que explican en cierta medida la rapidez de la compilación del Digesto)., y la *Recopilación de las leyes de Indias* que tuvo sus antecedentes en otras obras redactadas durante el reinado de Felipe IV (1621-1665) como el *Libro Primero de*

España. Schipani<sup>23</sup> ha visto la codificación americana como un “sottosistema del sistema giuridico romanistico”, y efectivamente considera que en el C.c. argentino de 1869 en el que tanto intervino Velez Sarsfield, el chileno de 1857 realizado por Andrés Bello, y el brasileño de 1858 realizado por Augusto Teixeira de Freitas, hubo una transfusión en la América Latina en forma de códigos modernos de las bases unitarias del sistema romanístico. Las complicaciones para la redacción de estos códigos son incluso anteriores a la independencia de aquellas naciones en cuanto para alcanzar una legislación comprensible y adaptada a la realidad del momento, al derecho de Castilla aplicable se añadía una legislación particular bajo la dominación española que era el llamado derecho indiano: derecho especial de la corona de Castilla para aquellos territorios dictando capitulares que se apartaban del derecho tradicional castellano, pero que seguían la misma sistemática<sup>24</sup> del derecho común europeo.

---

*Cédulas* de Solórzano y Pereira (1622), los *Sumarios* de Aguiar y Acuña (1628), y el proyecto de recopilación de León Pinero (1635), Vid. con lit. F. J. ANDRES SANTOS, op. cit. 45-69.

<sup>23</sup> S. SCHIPANI, *Il códice civile di Dalmazio Velez Sarsfield (in vigore in Argentina)*, en *Studi Labruna*, VII (Napoli 2007) 5099 ss.

<sup>24</sup>

<sup>?</sup> Aunque las normas aplicables en la América colonial eran mayormente de origen legislativo, otras tuvieron un origen jurisprudencial o consuetudinario, convergiendo todas en un

En todo caso las providencias legislativas de la monarquía española para los territorios americanos seguían siendo derecho hispánico participando de la gran tradición universal y cristiana que había caracterizado la jurisprudencia europea, y especialmente entre nosotros la Segunda Escolástica Española<sup>25</sup>, que desde una óptica cristiana tuvo que enfrentarse con los problemas derivados del descubrimiento de América, los títulos que justificasen la conquista, la consideración de la atribución de la propiedad de las nuevas tierras para evitar expolios a los indígenas, y la consideración y protección debida a éstos. La Segunda Escolástica significó una profunda renovación de la ciencia jurídica<sup>26</sup> española y europea

---

texto único, dice A. GARCIA GALLO, *Metodología de la historia del derecho indiano*, (Santiago de Chile 1971) 19. En este mismo sentido vid. V. TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, (Buenos Aires 1997) 27-39; E. MARTIRÉ, *El derecho indiano, un derecho particular*, en *Revista de historia del derecho*, 29 (2001) 331-361.

<sup>25</sup>

? Vid. sobre el tema TORRENT, *Segunda Escolástica Española*, 25 ss.

<sup>26</sup> Vid. C. NUFER, *Über die Restitutionslehre der spanischen Spätsscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit*, (Diss. Freiburg i. Br. 1969); M. LIPP, *Die Bedeutung des Naturrechts fue die Ausblindung der allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*, (Berlin 1980) 107 ss.

con grandes aportaciones al constitucionalismo<sup>27</sup>, que con el inglés Hobbes vino estudiado sobre distintas bases para justificar el absolutismo de las monarquías europeas, hasta que llegó la Revolución Francesa con sus ideas igualitaristas, y Rousseau atribuyendo la formación y estructura del Estado (y por tanto de la legislación) al contrato social (idea por otra parte subyacente en la Segunda Escolástica). Examinando el derecho indiano Barrientos Grandón<sup>28</sup> explica la aplicación del derecho de Castilla no como una simple extensión de la legislación real castellana, sino como proyección del sistema *ius commune-ius proprium*, reproduciéndose en los territorios americanos la misma relación entre derecho romano, canónico, y la multiplicidad de leyes particulares que regían en la experiencia europea medieval<sup>29</sup>.

---

27

? Cfr. Q. SKINNER, *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, II. *La reforma*, (trad. esp. México 1986) 113. Este autor muy influído por Locke y Rousseau destaca excesivamente los planteamientos de Francisco Suárez sin tener en cuenta debidamente la doctrina de Luis de Molina. Es muy crítico con Skinner, T. S. SCHRO, *Anacronism all aroujnd Quentin Skinner on Francisco Suárez*, en *JPh*. XXV (1007) 91-123.

<sup>28</sup> J. BARRUIENTOS GRANDÓN, *Hiastoria del derecho indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación. Ius commune-ius proprium en las Indias occidentales*, (Roma 2000) 21 ss.

29

Retornando al C.c. español cuyos arduos trabajos preparatorios, y especialmente el proyecto de 1851 influyeron sobre la codificación americana, hay que decir que tras algunos proyectos de 1821, 1826, y el inacabado de Cambronero (1836), creada la Comisión general de Códigos en 1843, su origen más inmediato viene del proyecto presentado el 9 de mayo de 1851 en el que tuvo destacadísimo protagonismo un gran conocedor de la doctrina romanista, don Florencio García Goyena<sup>30</sup>, y treinta años más tarde en la Ley de Bases de 1881 presentada por Alonso Martínez<sup>31</sup>, otra Ley de Bases presentada por don Francisco Silvela, y otra final Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 auspiciada de nuevo por Alonso Martínez, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia., aprobada después de

---

<sup>?</sup> De todas maneras el estudio del derecho indiano, que debe mucho a García Gallo, està siendo redimensionado con nuevos criterios metodológicos; vid. con lit. L. NUZZO, *Dall'Italia alle Indie. Un vaggio del diritto comune*, en *Studi Labruna*, cit. VI, 3867-3889.

<sup>30</sup>

<sup>?</sup> GARCIA GOYENA fue autor además de una obra imprescindible para conocer los entresijos del C.c. español: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, (Madrid 1852).

<sup>31</sup>

<sup>?</sup> Vid. C. ROGEL y C. VATTIER (coords.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, (Madrid 1991), donde se recogen numerosos trabajos que desvelan la andadura de este gran jurista de finales del s. XIX, que desarrolló una labor esencial para la promulgación del C.c. español.

varios proyectos de Leyes de Bases del mismo Alonso Martínez en 1881 y de don Francisco Silvela en 1885. A partir de la Ley de Bases de 1888 la Sección de derecho civil de la Comisión General de Codificación actuó con inusitada rapidez<sup>32</sup> redactó el C.c. aprobado por Real Decreto de 6 de octubre de 1888, prorrogada su entrada en vigor por la discusión en las Cortes si su articulado concordaba con la Ley de Bases y en realidad entrando en el fondo de su articulado. Se dispuso su entrada en vigor el 1 de mayo de 1889. Admitida por la sección de derecho civil de la Comisión general de Codificación la necesidad de ciertas enmiendas y adiciones, la ley de 26 de mayo de 1889 promulgó una segunda edición del código por Real Decreto de 25 de julio de 1889 que sería la definitiva<sup>33</sup>, aunque de todos modos puede decirse que en estos ultimísimos tiempos casi anualmente sigue estando sometido a modificaciones, supresiones, rectificaciones, traslado de sus artículos (siempre con rectificaciones) a otros textos legales, especialmente los procesales, derogación de su articulado para encontrar nuevo y distinto acomodo en leyes especiales, aparte de la constitucionalización de la familia, de los llamados derechos fundamentales de

---

32

? Sic. M. ALBALADEJO, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, I. *Introducción y parte general*, 17 ed. (Madrid 2006) 50.

33

? Cfr TORRENT, *Derecho civil*, I,1, 27 ss.

los ciudadanos, y de la jerarquía de fuentes del derecho encabezada por la Constitución de 1978 que deja en un segundo plano el papel estelar que en este campo había tenido el C.c. hasta entonces. Las últimas reformas con la aprobación en el 2005 de nuevos sujetos activos para la constitución del matrimonio (matrimonio homosexual) y la absorción y nueva regulación de la propiedad urbana por leyes administrativas, de alguna manera puede decirse que van pulverizando la materia privatística por las continuas injerencias del derecho público, que ha obligado a continuas reformas del C.c., algunas de claro carácter ideológico formuladas por el partido del gobierno de turno.

Todos estos ataques reduccionistas al código van vaciando de algún modo el contenido del derecho civil, o si se prefiere, la regulación privatística va siendo absorbida por la creciente intervención pública en todos los ámbitos de las antiguas potencialidades individuales; por poner un ejemplo: lo que hasta ahora había sido entendido como un derecho sacrosanto e individualista como el derecho de propiedad sobre el suelo urbano ha sido sometido a múltiples modificaciones desde ángulos político-administrativos que van pulverizando el contenido privatístico de la propiedad con toda suerte de limitaciones previstas en los planes urbanísticos, superponiendo un nuevo concepto administrativista de propiedad al antiguo

derecho absoluto como poder de usar y disponer de la cosa propia que he venido señalando desde hace 1994<sup>34</sup>, de modo que las sucesivas reformas de las leyes sobre el suelo van empequeñeciendo aquel concepto civilístico procedente de las viejas formulaciones romanas.

El C.c. español tardó mucho tiempo en promulgarse, tanto que antes de nacer ya habían sido promulgados los códigos penal, la Ley Hipotecaria (referida esencialmente a la propiedad territorial), de comercio (dos códigos en el s. XIX), y Leyes de enjuiciamiento civil y criminal, todos por supuesto sometidos a contínuas alteraciones en su articulado, incluso promulgando nuevos códigos como el penal (1944 y 1994), materia muy propensa a una intensa variabilidad muy ligada a las concepciones sociales y económicas del momento; asimismo las leyes procesales con nuevos esquemas de procesos que no han logrado desatascar el trabajo de los tribunales ni abreviar los procesos, por no hablar del código de comercio que ya ha sido presentado un anteproyecto de nuevo código, y en el mismo s. XIX se publicaron dos códigos mercantiles, uno de 1829 inspirado en parte en el C. comercial francés de 1807 y en parte en las Ordenanzas de Bilbao de 1737, y otro en 1885, ambos

---

<sup>34</sup> TORRENT, *La propiedad urbana en el Texto Refundido de Ley del Suelo de 26 de junio de 1992*, en *Revista Jurídica del Notariado*, 9 (1994) 481 ss.

con notables carencias que han tenido que solucionarse con leyes especiales (por ejemplo, no trataban las sociedades anónimas ni las de responsabilidad limitada, y pensemos que la primera ley de sociedades anónimas es de 1951, posteriormente sometida a numerosas reformas). De todos modos hay que decir que las últimas modificaciones en las leyes españolas (como en todos los países de la UE) se deben a la necesidad de adaptar el derecho español a las Directivas comunitarias, no siempre bien traspuestas y en tiempo oportuno al ordenamiento patrio, acaso también por una cierta ambigüedad de las Directivas que permiten diversas opciones dentro de las soluciones propuestas, y porque cada Estado miembro tiene un margen de libertad en las vías para alcanzar sus fines: los fines son obligatorios pero en lo relativo a los procedimientos para lograrlos cada Estado tiene libertad para escogerlo.

A partir de la constitución de 1978 el C.c. se ha visto profundamente modificado, abandonando los principios inspiradores del tradicional derecho castellano, a lo que hay añadir las nuevas concepciones que trajo la incorporación de España a la UE producida el 1 de enero de 1986 que obligaba a cambiar los principios ordenadores del ordenamiento, abandonando principios individualísticos por reglas con un contenido más social, no solo reformando el título preliminar que ya había sido profundamente reformado en 1974, sino

ahora admitiendo la radical igualdad entre hombre y mujer (1990), nuevas normas sobre matrimonio, separación, nulidad y divorcio (1981, divorcio de nuevo en el 2005: el llamado “divorcio express”, admisión del matrimonio homosexual (2005), nuevas reglas sobre la tutela (1983), la adopción (1987), el testamento (1991), hipoteca (1994, y ahora mismo hay un clamor para la reforma de la Ley Hipotecaria para evitar los desahucios derivados de la gran crisis económica que vivimos, pretendiendo agilizar la dación en pago), nacionalidad (2002), y continuos cambios sobre la extranjería ante la presión inmigratoria que se ha experimentado en España (también Italia con las numerosas oleadas de inmigrantes subsaharianos que desean encontrar en Europa un puesto de trabajo que les permita vivir con dignidad, problema en conexión con la protección de los derechos humanos, idea muy compartida pero hasta ahora con poca ayuda financiera de la UE para los países de primer frontera con Europa: España (recordemos los recentísimos sucesos ocurridos en Ceuta y Melilla) e Italia (isla de Lampedusa), cuyas instalaciones de acogida de inmigrantes son absolutamente insuficientes para proporcionarles una adecuada estancia en territorio de derecho europeo.

Todo esto dificulta el conocimiento y la certeza del derecho, lo que a nivel europeo ha hecho pensar a algunos si tener códigos pueda ser o no una ventaja. Ya he oído –y leído- a juristas europeos, especialmente

italianos, que los códigos civiles han caído en inutilidad, y por lo que se refiere especialmente al C.c. italiano entiendo que puede extrapolarse a los de otros países. Natalino Irti en un libro famoso<sup>35</sup> sobre *La decodificazione del diritto* ha llegado a decir que el C.c. ha quedado para la microeconomía, en definitiva para bagatelas, mientras que los grandes negocios están al margen de cualquier regulación codicística. Pero ni incluso para negocios de relativa poca importancia económica valen los códigos; pensemos en la situación española: probablemente la mayor inversión que hace un ciudadano en toda su vida es la compra de una vivienda, y este negocio está sometido a una serie de leyes fiscales, administrativas, y hasta penales (para luchar contra el blanqueo de capitales), y lo mismo puede decirse del arrendamiento de viviendas, sometido a leyes especiales de arrendamientos urbanos, o de fundos rústicos, sometidos asimismo a leyes especiales sobre la materia.

En España la Ley de Bases de 1888 preceptuaba que el C.c. debía inspirarse en el proyecto de 1851 “en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones del derecho histórico patrio, las enseñanzas de la doctrina para la solución de las dudas suscitadas por la práctica”, y para atender necesidades nuevas “soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en

---

<sup>35</sup> N. IRTI, *l.'età della decodificazione*, 4ª ed. (Milano 1999)..

legislaciones propias o extrañas y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten justificadas”.

Con estas premisas se redactó y publicó el C.c. español<sup>36</sup> aunque sus redactores no fueron muy fieles a las Bases. Superado el proyecto de García Goyena de 1851 (en el que se inspiraron algunos códigos de la América Latina<sup>37</sup>) que tenía un carácter excesivamente centralista utilizando el derecho castellano tradicional (en gran parte basado en el derecho común de inspiración romanista, y el código francés), el español de 1888 no resolvió el problema de unificación legislativa en cuanto dejó subsistente el problema de los derechos forales, que sigue en los mismos términos aunque ahora constitucionalizados, y desde el punto de vista de la pretendida unificación jurídica europea, disgregadores de la unidad jurídica nacional. Inspirado

---

36

? A estas alturas y después de 125 Años de vigencia del C.c. la bibliografía sobre la codificación española es muy amplia; vid.lit. en C. LASARTE. *Principios de derecho civil*, I, 4º ed. (Madrid 1995) 41-42.

37

? Influencia decisiva hasta el punto como dice L. LABRUNA, *Principi giuridici, tradizione romanística e “humanitas” del diritto tra Europa e America Latina*, en *Labeo* 50 (2004) 15, que se puede decir que las áreas europea y latinoamericana forman una solo área espiritual, cultural, jurídica, y en cierto modo social, económica y política, cuyo fuerte nexo de cohesión tiene su fundamento en la ciencia jurídica romana.

en el Code Napoleon (también sintió la influencia del C.c. italiano de 1865 y del portugués de 1867, a su vez ambos de honda influencia francesa, más algunas pocas instituciones que generalmente se dicen del derecho castellano tradicional como la sociedad de gananciales entendida como régimen matrimonial primario (en mi opinión con fuertes connotaciones de las tendencias comunitarias del germanismo), se inclina más por el individualismo que por la solidaridad social y no tiene gran perfección técnica, por tanto es un código sin demasiadas complicaciones para el conocedor de la dogmática romanista que a nivel legislativo patrio traía su marchamo desde las *Partidas* de Alfonso el Sabio, expresión de la recepción del derecho común en España<sup>38</sup> que aunque promulgadas en 1265 sólo adquirieron vigencia como derecho supletorio en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, significando abiertamente el triunfo de las fuentes justinianeas. Pero nuestro código que pretendió ser una compilación del contenido básico del derecho privado general<sup>39</sup>, ni todo su contenido es derecho civil, ni todo el derecho civil está contenido en el código<sup>40</sup>.

---

38

? TORRENT, *La recepción del derecho justiniano en España en la Baja Edad Media (siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del derecho europeo*, en *RIDROM X* (2013) 73 ss.

39

? F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I<sup>3</sup>, (Madrid 1955) 221.

40

No parece que durante el s. XIX español muy atormentado por vicisitudes políticas (independencia de las colonias americanas, alternancias liberales y conservadoras en el gobierno, Primera República, restauración monárquica, diversas -y efímeras- constituciones, etc.). hubiera llegado a España el grito de guerra pandectístico “zurück zu den Quellen” que significaba restituir autoridad directa a las fuentes romanas permitiendo aplicar un método sistemático-dogmático capaz de regir en términos de eficiencia el ritmo impreso en los países de derecho codificado para la solución de los problemas contemporáneos<sup>41</sup>.

Tampoco cumplió el C.c. español la función de unificación del derecho en España con la confección de un código de absoluta validez territorial dejando abierto el camino a los derechos forales; también hay que decir que las variaciones y diferencias entre la regulación del C.c. y la de los derechos forales son mínimas, afectando a unos pocos supuestos de la vecindad civil, del régimen económico-matrimonial primario (gananciales en los territorios de derecho común, separación de bienes en Cataluña), del derecho de sucesiones que

---

<sup>?</sup> Vid. R. MOLINER NAVARRO, *Contenido del código civil español a los cien años de su promulgación*, en *Homenaje Vallet de Goytisolo*, VIII (Madrid 1991) 433; ALBALADEJO, *Derecho civil*. I. 52-53.

<sup>41</sup>

<sup>?</sup> C. A. CANNATA, *Il diritto romano e le compilazioni moderne*, en *SDHI* 56 (1990) 316.

afecta fundamentalmente al régimen de las legítimas (legítimas forzosas o meramente formales como en Navarra), y testamentos (posibilidad de testamento mancomunado en Aragón). La pretendida profundización para ahondar en las diferencias entre la regulación territorial general y la especial de alguna Comunidad Autónoma, me parece que obedece a románticos intentos identitarios por no llamarles problemas de aldeanismo y desde luego de falsificaciones y adaptaciones de la historia, porque desde una amplia visión técnico-jurídica el problema se traduce en señalar qué derecho, si el común o el foral, tiene mayor impronta romanística, porque todos la tienen, y los problemas políticos derivados de la fragmentación territorial que trajo la Reconquista, quedaron resueltos hace más de quinientos años por los Reyes Católicos; me parece un anacronismo tratar de profundizar entre el derecho civil común general y los especiales cuando se están haciendo denodados esfuerzos por llegar a una legislación común para toda la UE. Mucho más grave me parecen las leyes de cada una de las 17 Comunidades Autónomas en materias de comercio interior, que contradictoriamente rompen no sólo el principio de unidad de mercado propio de la UE, sino la misma unidad del mercado interior que actualmente se trata de superar con una legislación unificadora.

En el contexto de los fundamentos del derecho europeo el derecho español tiene un encaje destacado, tanto por la recepción del *ius commune* en el mejor texto medieval que fueron las *Partidas* de Alfonso el Sabio (el otro gran texto del s. XIII fue el *Sachsenspiegel* alemán que no llega ni de lejos a la perfección técnica de las leyes alfonsinas), como por las grandes aportaciones de la Segunda Escolástica Española a la ciencia jurídica europea de la Edad Moderna. Desde la óptica actual que aspira a la unificación jurídica de los países miembros de la UE, el C.c. español significa un hito más dentro de la tradición romanística continental; ciertamente no fue tan novedoso como el *Code Napoleon* o el *BGB*, pero tampoco debe menospreciarse su importancia debido a la posición española en el Nuevo Mundo que influyó grandemente en la codificación civil de la América Latina, y la necesidad de su estudio para el análisis comparativista de los códigos europeos. Dentro de la legislación continental, dejando aparte el *BGB*, el C.c. español tampoco difiere grandemente de otros códigos europeos, por lo que a priori no debían haber grandes obstáculos para lograr un código común de la contratación que es lo que se pensó desde la Comisión Europea en un primer momento entendiéndolo más factible por las evidentes líneas evolutivas más o menos comunes de la legislación privatística continental de tradición romanística, y así lo

demuestra la historia y la ciencia del derecho que en mi opinión no es otra cosa que historia de la dogmática jurídica<sup>42</sup>. Incluso, como todos sabemos, ha sido redactado a nivel privado un proyecto de código de las obligaciones sin confirmación oficial por los organismos comunitarios competentes; es más, en estos momentos ya no parece creerse en la urgencia de conseguir un código europeo de las obligaciones que ha sido sustituido por la idea de buscar los principios generales de la conciencia europea común a lo que corresponde el *Draft Common Frame of Reference*, objetivo que para algunos parece muy modesto debido a la convicción de la grandeza dogmática privatística lograda a lo largo de tantos siglos de experiencia jurídica, dogmática cuya última formulación pandectística sigue gravitando excesivamente en tantos juristas actuales que no quieren caer en la cuenta, primero de la devaluación de los códigos civiles cada vez con contenidos más reducidos, y en segundo lugar de la necesidad de una nueva dogmática que supere la pandectista.

Ya desde 1941 Gino Gorla<sup>43</sup> había lanzado un terrible ataque anticonceptualista acusando al método dogmático de construcciones arbitrarias e inútiles<sup>44</sup>, y

---

<sup>42</sup> TORRENT, *Fund.* 69.

<sup>43</sup>

<sup>44</sup> G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, (Milano 1941).

<sup>44</sup>

huyendo como de la peste de los llamados conceptos generales<sup>45</sup> propuso una interpretación que debía dirigirse exclusivamente a aclarar la voluntad del legislador. Gorla que era un eminente civilista, una década después inició una gran labor comparativista<sup>46</sup> e histórica<sup>47</sup> combatiendo la llamada teoría general del derecho o “allgemeine Rechtslehre” como la llaman los civilistas germánicos que pretendían encontrar en la parte introductoria del BGB. Pero este ataque al conceptualismo no era tan duro como a primera vista

---

<sup>?</sup> Vid. G. PUGLIESE, *Gino Gorla*, en *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Rendiconti*, (Roma 1993) 396.

<sup>45</sup>

<sup>?</sup> GORLA, *Interpret.*, 58: “i concetti legislativi ... sono quei concetti... mediante i quali il legislatore, nel creare la norma astratta, ordina e valuta per tipi astratti la realtà al fine di disciplinarla”, cfr. *Interpret.* 139 ss., tesis que critica muy moderadamente PUGLIESE. *Gino Gorla*, 397. Vid. también PUGLIESE, *Diritto romano e scienza del diritto*, en *Annali Macerata* (1941) = *Scritti giuridici scelti*, III (Napoli 1986) 187 ss.

<sup>46</sup>

<sup>?</sup> GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il método comparativo e casistico*, 2 vols. (Milano 1955).

<sup>47</sup>

<sup>?</sup> GORLA, *I Tribunali superiori degli Stati italiani fra ii sec. XVI e XIX quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati (Dissegno storico-comparativo)*, en *La formazione del diritto moderno in Europa*, I (Firenze 1977) 47 ss., recogido en Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981).

podría parecer, y Pugliese<sup>48</sup> había visto en la interpretación de Gorla que éste la entendía como conocimiento individual, desarrollo o “dispiegamento” de actos normativos que desde una norma particular llevaba al desarrollo de conceptos más generales, de modo que Gorla no renunciaba a los conceptos porque admitía no solamente los conceptos creados por el legislador, sino también otros conceptos más “generales” creados por el intérprete sobre la base de aquéllos<sup>49</sup>.

Llegados a este punto Gorla entró en veredas comparativistas pensando fundamentalmente en el juez del *common law* como figura esencial de la interpretación del derecho (yo añadiría también en la producción del derecho dentro del sistema anglosajón del *case law*<sup>50</sup>) y no en los jueces continentales europeos atados a la letra de la ley, tesis que

---

<sup>48</sup> PUGLIESE, *Gino Gorla*, 397.

<sup>49</sup>

<sup>?</sup> Según PUGLIESE, *Gino Gorla*, 397 nt. 12, se trata naturalmente de conceptos inductivos, pero también los conceptos (de la por Gorla “deprecata” ciencia jurídica (y por tanto de la teoría general del derecho), tienen o pueden tener naturaliza inductiva.

<sup>50</sup>

<sup>?</sup> Vid. con lit. las certeras páginas que dedica a la formación del *common Law* y *Equity* en Inglaterra, C.ANNATA, *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza europea*, II. 4ª ed. (Torino 1989) 33 ss, y sobre la fusión de *common Law* y *Equity* en la *Judicature Act* de 1873, 92 ss.

solamente apuntada en 1941 ampliará notablemente en 1948<sup>51</sup> considerando el análisis histórico una base firme del estudio comparativista, orientación seguida por muchos estudiosos que la consideran única alternativa válida que se pueda contraponer al método dogmático<sup>52</sup>. Señala Solidoro<sup>53</sup> que de la perspectiva indicada por Gorla se deriva la utilización de dos instrumentos distintos pero complementarios: la comparación horizontal (conocimiento de fenómenos jurídicos coetáneos para examinar sus analogías y diferencias), y la comparación vertical (conocimiento diacrónico de los fenómenos jurídicos para captar las diferencias en los diversos estadios de su evolución histórica<sup>54</sup>). En una vía más moderada Solidoro piensa

---

51

? GORLA, *Il senso del diritto soggettivo in Alexis de Tocqueville*, (Pavia 1948). El propio GORLA, *Ricordi della carriera di un comparatista*, en *Foro it.* (1980) 1 ss. = *Dir. comparato e dr. com. Europeo*. 1 ss., declara que entonces rompió totalmente con su pasado de jurista de tendencia dogmático-conceptualista abriéndose a una concepción historicista del derecho que era la base para la comparación..

52

? En este sentido M. STOLLEIS, *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, (München 1995).

53

? SOLIDORO, *la tradizione romanistica nel diritto europeo*. II<sup>2</sup>. *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, (Torino 2010) 248.

54

que diversamente del planteamiento propuesto por Gorla, se puede considerar que el método conceptual y el método dogmático no son necesariamente antagonistas, pudiéndose configurar el uso de las técnicas comparatísticas con el fin de una reflexión constructiva sobre el uso más correcto y oportuno de los conceptos y categorías jurídicas; en definitiva Solidoro<sup>55</sup> entiende que el uso de los instrumentos de la comparación puede dirigirse por el intérprete a la comprensión, al perfeccionamiento, a la transformación, o finalmente, a una aplicación más “consapevole” de los conceptos y de las categorías.

A nivel científico encuentro otras dificultades para lograr la unificación del derecho europeo; en primer lugar porque hoy se llega a dudar de la misma categoría “derecho” que se ha empezado a desvirtuar desde múltiples ángulos; por un lado el constitucionalismo puesto por encima del derecho privado codificado que rebaja considerablemente el

---

? Esto es lo que suelen hacer muchos civilistas españoles actuales para poniendo unas gotas de derecho romano pasar al derecho vigente, salto portentoso que no tiene en cuenta la larguísima andadura histórica hasta la codificación, que en definitiva es el mismo método que siguió la Pandectística que pasó del derecho romano al s. XIX con su pretendida “Aktualisierung” del derecho romano, en la que aún piensa románticamente algún romanista hispano.

55

? SOLIDORO, *Tradiz. Romanist.* II, 249.

antiguo carácter esencial de los códigos civiles cuyas reglas deben adaptarse a los preceptos constitucionales que en el campo privatístico tienen aplicación directa, de modo que la penetrante constitucionalización del derecho civil va arrumbando el sentido –y contenido- históricamente privatístico de las relaciones *inter privatos* (“Drittwirkung” en la doctrina germánica). La aplicación de esta doctrina llevada a límites extremos traería como consecuencia el debilitamiento y hasta la desaparición del derecho civil, en mi opinión visión errónea, porque como ya dijo Ulpiano D 1.1.1.2) derecho público y derecho privado no son sino *positiones* en el *studium iuris*<sup>56</sup>, y desde luego ha quedado pulverizada la afirmación de Papiniano (D. 2,14,38) *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*<sup>57</sup>. Yo diría que hoy parece que volvemos a aquel relativismo ulpiano, que ya no es enteramente útil o en todo caso difumina lo que hasta ahora había sido una categoría dogmática cerrada: la distinción entre derecho público y derecho privado, y que ante la nueva construcción del derecho europeo quizá lo que haya que hacer sea partir de una nueva categoría más amplia de “derecho” superando dogmatismos tradicionales que a floraban en el non-

---

56

? Cfr. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, 13 ed. (Madrid 2008) 439 ss.

57

? TORRENT, *Der. publ. rom.* 442.

nato Código europeo de las obligaciones y en los *Principles of European Contract Law* de la Comisión Lando, y tampoco las decisiones de la autoridad comunitaria y las sentencias europeas son un dechado de uniformidad y de acierto comparativista<sup>58</sup>.

La certeza del derecho<sup>59</sup>, cuyo logro ha sido siempre uno de los principios esenciales de toda codificación, se va perdiendo por los continuos cambios en la legislación (hiperinflación legislativa) que hace difícil conocer cuál es el verdadero derecho aplicable en cada momento, certeza también enturbiada por la cambiante interpretación de las sentencias judiciales sobre el sentido del derecho aplicable. Esta evidencia ha llevado a la admisión de una nueva concepción teórica negadora de todo dogmatismo denominada uso alternativo del derecho preconizada por Pietro Barcellona<sup>60</sup>, que en el fondo no es otra cosa que una consecuencia de la doctrina marxista del derecho como instrumento al servicio del grupo dominante, hoy

---

<sup>58</sup> Vid. S. SANCHEZ LORENZO, *Vías y límites a la unificación del derecho europeo: "soft law" versus "hard law" o Comisión contra Parlamento*, en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, (Madrid 2008) 377 ss.

<sup>59</sup>

? Problema que ya se sentía y era conocido por los juristas romanos; Vid con lit. TORRENT, *Conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico romano*, (Salamanca 1973) 125 ss,

<sup>60</sup>

? P. BARCELLONA, *L'uso alternativo del diritto*, (Roma-Bari 1983).

transformada en la doctrina de <defensa> de los intereses económicos de clase<sup>61</sup>.

Incluso podría decirse que se difumina el valor que venimos dando a las sentencias de los Tribunales Supremos, y ya contamos con una experiencia jurisprudencial de doscientos años<sup>62</sup> que sustituye a los antiguos Tribunales reales en la Europa continental, cuando no a la intervención directa de las monarquías absolutistas como ocurrió con Napoleón en la promulgación del C.c. francés, para convertir las normas simplemente en “máximas de decisión”<sup>63</sup> que sustituyen más o menos consciente y sistemáticamente la norma en cuanto categoría abstracta por la ambigua categoría de máximas de decisión<sup>64</sup>, ante lo que caben

---

61

<sup>?</sup> Cfr. L. RAGGI, *Materialismo storico e studio del diritto romano*, en *RISG* 91 (19 (1955-56) 11 ss. Sobre el método marxista aplicado al derecho romano, vid. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, (Madrid 2008) 39 ss.

62

<sup>?</sup> Vid. CANNATA, *Legislazione, prassi, giurisprudenza e dottrina dal XVIII al Xx secolo come premessa per l'avvenire del diritto privato europeo*, en *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche Gallo*, III (Napoli 1997) 17 ss.

63

<sup>?</sup> M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, en *Centro romanistico Copanello. Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité*, (Rubbettino 1999) 109.

<sup>64</sup> Vid. TORRENT, *Der. rom. der. comp.*, 598.

los siguientes puntos interrogativos ¿sustituyen las “máximas de decisión los llamados tradicionalmente principios generales del derecho? ¿implica este método volver a la producción del derecho por vía exclusivamente jurisprudencial? ¿de nada vale la investigación científico-jurídica que hacemos en las Universidades y por operadores privados (abogados, notarios, registradores)? Yo entiendo que para la construcción del nuevo derecho europeo no se puede prescindir de la ciencia del derecho<sup>65</sup> entendida en su puro sentido romano de *ars iuris*<sup>66</sup>, auxiliada por el derecho comparado y la investigación histórica a partir del derecho romano y del estudio del *ius commune* (y entiendo que los códigos continentales no hicieron sino recoger el *ius commune* más algunos particularismos nacionales), instrumentos imprescindibles para alcanzar la pretendida armonización jurídica europea.

---

65

? TORRENT, *Fund.* 346 ss.

66

? Sobre la definición de Celso del *ius* como *ars boni et aequi* plantea F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, (Torino 2010) la refundación de la ciencia jurídica para lograr un ideal “recupero dell’eredità perduta del diritto romano” (p. 5 ss.), sobre el cual TORRENT, *Celso, Kelsen, Gallo e la rifondazione della scienza giuridica*, en *INDEX* 40 (2012) 537 ss. Me cabe la duda si no está subyacente en Gallo cierta influencia del realismo jurídico al considerar a Celso estandarte de una visual dinámica de la artificialidad del derecho (p. 9)3 , en lo que sin duda tiene razón.

Ciertamente que a partir de la II Guerra Mundial con el triunfo sobre la aberrante ideología totalitaria nazi de las fuerzas aliadas (fundamentalmente británicos y estadounidenses), empezaron a circular por Europa modelos jurídicos extrarromanísticos expandiendo instituciones propias del *common Law* en la Europa continental, entendiendo Sacco<sup>67</sup> que desde entonces ha quedado abierto un intenso diálogo entre *common Law* y *civil Law*, lo cual es cierto, incluso imponiendo una metodología: el realismo jurídico, que aunque nacido en Escandinavia pronto la hizo suya la ciencia jurídica norteamericana imprimiendo una tendencia antiformalista y un rechazo global al método conceptual pandectístico elaborado sobre abstracciones<sup>68</sup>, negando incluso el papel estelar del Estado y del derecho como expresión de la voluntad del legislador, trayendo nuevas ideas sobre la producción del derecho distintas de las que se habían impuesto desde la Revolución Francesa para exaltar ahora la figura del juez con todo el cúmulo de motivaciones que determinan pragmáticamente su decisión, doctrina que en esencia ya habían señalado en USA Roscoe Pound y el mítico juez del Tribunal Supremo Oliver Wendell Holmes.

---

<sup>67</sup>

? R. SACCO, *Introduzione al diritto comaprato*, 5ª ed.(Torino 1992).

<sup>68</sup>

? SOLIDORO, *Tradiz. romanist.* II, 256

Señala Solidoro<sup>69</sup> que el realismo<sup>70</sup> estudia el derecho en sus continuos movimientos y en su dimensión psicológica (concretada por ejemplo, en el temor de la sanción), de modo que concibe el fenómeno jurídico basado sobre una cuestión de hecho donde la validez de la norma debe coincidir con la eficacia en su

---

69

? SOOLIDORO, *Tradiz. Romanist.* II, 257.

70

? Vid. una amplia exposición del realismo jurídico en L. RECASENS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico español en el s. XX*, II, (México 1963) 593 ss.; E. GALAN GUTIERREZ, *El realismo jurídico norteamericano y el ultrarrealismo sueco*, apéndice I de su *Ius Naturae*<sup>2</sup>, (Madrid 1963). En España don Ursicino Alvarez Suarez, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, (Madrid 1966) 17, atribuye a don Alvaro d'Ors una postura realista muy especial; vid. D'ORS, *De la "prudentia iuris" a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Información jurídica*, (1947) 74-82, que fue radicalmente refutada por D. Federico DE CATRO, *La ciencia libre del derecho ¿es fuerza primaria del derecho?*, en *Anuario de derecho civil*, 1-2 (1949) 565-580, más apegado al conceptualismo dogmático germánico. D'ORS, *Para una interpretación realista del art. 1.º del C.c.*, en *Studi Betti*, I (Milano 1961) 122. en definitiva venía a decir que normas jurídicas son las que aprueban los Tribunales superiores que revisan las sentencias de los inferiores eventualmente revocadas como derecho injusto, y que la doctrina del Tribunal supremo prevalece sobre la misma ley, doctrina que con la revisión del C.c. en 1974 cae por tierra pues preceptúa el art. 1.6: "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal supremo al interpretar y

aplicación, y donde las decisiones judiciales son reconducidas no a mecanismos racionales, sino prevalentemente a sentimientos y emociones. Algunas consecuencias trajo el realismo nórdico en otros países como la figura del *Ombudsman*, que al menos en España (llamado Defensor del Pueblo, recogido en la constitución de 1978) no parece haber tenido influencia relevante. No parece ser éste el camino que ha tomado la Comisión y el Parlamento europeo cuando busca con ahinco el *Common Frame of Reference* para inspirar la legislación comunitaria en la búsqueda de una normativa unitaria que rijan en todos los países de la UE.

En la investigación jurídica se ha abierto paso en tiempos muy cercanos<sup>71</sup> una nueva corriente metodológica llamada análisis económico del derecho<sup>72</sup> que trata de las consecuencias económicas de la norma, en definitiva la eficiencia económica de las normas, tema que interesa al individuo y especialmente a los empresarios para las decisiones económicas que pueden tomar en la aplicación de las normas, y que afecta frontalmente a la eficiencia del mercado para

---

aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho". Vid. TORRENT, *Inst. de der. priv.* I.1, 98 ss.

<sup>71</sup> No es que sea tampoco un tema novísimo pues ya venía apuntado en J. B. CLARK, *The genesis of capital*, en *Yale Review* (1893) ; Id., *The distribution of wealth*, (New York 1899).

<sup>72</sup>

<sup>?</sup> Vid. H. WAGNER, *Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht*, en *Ric. Gallo*, IV (Napoli 1997) 533 ss.

una óptima utilización de los recursos en busca obviamente de la maximización de beneficios, de modo que esta vía considera el derecho no no debe estudiarse como un conjunto de preceptos (más o menos coactivos) sino como cualquier otra situación que afecta al mercado, de modo que las normas jurídicas deben ser tenidas en cuenta como un conjunto de incentivos seguidos o rechazados según la valoración económica comparativa entre ventajas y desventajas (beneficios-pérdidas) de los diversos comportamientos que puede experimentar el usuario de la norma<sup>73</sup>, o desde otro punto de vista, una norma es ineficiente cuando hace alcanzar un resultado a un precio mayor del que puede lograrse con otra norma distinta (más eficiente)<sup>74</sup>. En este campo quedan afectados principalmente los derechos de propiedad<sup>75</sup> como instrumento de riqueza y los contratos como instrumentos de cambio, fenómeno que lleva consigo la

---

<sup>73</sup>

<sup>?</sup> Cfr, L MAGANZANI, *Analisi economica e studio del diritto: le "societates publicanorum" iivisitate con gli strumenti concettuali dell'ecopnomista*, en IVRA 53 (2002) 216-217..

<sup>74</sup>

<sup>?</sup> TORRENT, *La "lex locationis" de las tres societates publicanorum concurrentes "sub hasta" en el 215 a. C.*, en SDHI 80 (2014) 30.

<sup>75</sup>

<sup>?</sup> Cfr. BARCELLONA, *La metamorfosi della proprietà e l'autonomia del calcolo económico*, en M. MARRONE (cur.), *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storico*, (Palermo 1992) 101 ss,

consiguiente teoría económica del contrato<sup>76</sup>. En este campo puede decirse que economía y derecho interactúan mutuamente<sup>77</sup> porque sin adecuados instrumentos jurídicos no puede existir una eficiente economía de mercado<sup>78</sup>, método que puede aplicarse al

---

76

? Vid. G. PALUMBO, *Contratti e tutela giuridica*, en P. CIOCCA – I. MUSU (cur.). *Economia per il diritto*, (Toprino 2006&) 139. ss.; cfr. TORRENT, *Economia per il diritto*, en *RIDROM* 3 (2009) 112-115.

77

? Yo mismo he utilizado este método en alguno de mis trabajos romanísticos; vid. TORRENT, *Crimen annonae y mantenimiento del orden público económico*, en s. bello – j. I. Zamora, (coords.), *El derecho comercial, de roma al derecho moderno*, II, II (Las Palmas de gran Canaria 2007) 1005 ss.; Id., *Alimenta ingenuorum ingenuarumque: Plin. Ep. 7,18. Un caso de aplicación de la economía al derecho*, de próxima aparición en *INDEX* 42 (2014). Vid. también L. MAGANZANI, *Analisi economica*, 216 ss., donde trata de revisar los postulados a su juicio excesivamente economicistas de U. MALMENDIER, *Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, (Köln-Wien 2002). No es por tanto ajeno esta vía metodológica al estudio del derecho romano, y obviamente en una época de intensísimo comercio internacional, a los derechos vigentes. Vid. PUGLIESE, *Momento tecnico e momento político nel problema dell'adeguamento delle norme al fatto economico*, en *Il diritto dell'economia*, 2 (1956) 1 ss. = *Scritti giuridici scelti*, II (Camerino 1985) 26 ss. Gran romanista y comparativista, Pugliese en esta ocasión se está refiriendo al derecho vigente.

derecho de cualquier tiempo histórico<sup>79</sup>, y por supuesto también al derecho romano, porque dado el estado de las modernas investigaciones romanísticas no se puede dudar de los conocimientos económicos de los juristas del Mundo Antiguo<sup>80</sup>.

La aplicación de este método al estudio del derecho me parece una de las conquistas metodológicas más importantes para aclarar<sup>81</sup> las relaciones entre economía y derecho, que son múltiples. Las últimas consecuencias que algunos traen

---

78

? Vid. F. DENOZZA, *Norme efficienti., L'analisi económica delle regole gijuridiche*, (Milano 2002).

79

? Cfr. V. BUONOCORE, *Impresa società pr azioni e mercato. "Conitguità" tra economía e diritto e analisi económica del diritto*, en *Governo dell'economia e mercato delle regole. Scritti Rossi*, I (Milano 2002) 3 ss.; A. AMATUCCI, *L'analisi del metodo nell'Italia meridionale. Dalla scuola di Labeone all'elaborazione nel XIX secolo dei criteri di interpretazione económica del diritto*, en *Studi Labruna*, I (Napoli 2007) 115 ss.

80

? Vid. G. MELILLO, *Economia e giurisprudenza a Roma*, (Napoli 1978); Id., *Categorie economiche nei giuristi romani*, (Napoli 2000)

81

? Vid. M. MARCUCCI – M. ROCCAS, *Un'economia aperta: quale diritto*, en P. CIOCCA – I. MUSU, *Economia per il diritto*, cit. 357 ss., que tratan sobre todo de las reglas aplicadas al comercio internacional convenidas entre los Estados; cfr. TORRENT, *Economia per il diritto*, en *RIDROM* III (2009) 147.

de la aplicación de este método abren nuevos horizontes en el campo del derecho pues tratan de apartar al Estado de su función legislativa (lo cual es plausible, y tenemos el vivo ejemplo del *case law* británico) para dejarlo todo a la iniciativa de los mercados que (teóricamente) se sanean por sí mismos sin necesidad de injerencias estatales. La última consecuencia de esta teoría lleva a la privatización de la producción del derecho. A ello han llegado los seguidores de la Escuela Austríaca como Benson que defiende la privatización de la justicia<sup>82</sup>, y Rothbard<sup>83</sup> que desde principios liberales y anhelos de paz entre los hombres reduce extraordinariamente lo que tradicionalmente se habían creído funciones propias estatales en la regulación de la vida económica, pensando en la más eficiente gestión privada de servicios públicos esenciales que por tanto deben ser privatizados, de modo que el Estado no sería el complejo aparato coercitivo al que estamos acostumbrados sino todo lo más una gran estructura o

---

82

? B. BENSON,, *The Enterprise of law. Justice without the \_State*, (San Francisco. CA; existe trad.. española, *Justicia sin Estado*, Madrid 2000,)

83

? M. N. ROTHBARD, *Man,. Economic and State. A treatise on economic Principles*<sup>3</sup>, (Auburn University 1993).

mutualidad de servicios<sup>84</sup>, dejando arrumbadas las ideas intervencionistas de Schumpeter y Keynes<sup>85</sup>, en definitiva desterrando lo que la Escuela Austríaca llama socialismo de Estado que anatemiza de modo radical<sup>86</sup>. Es evidente que si se llegara a la absoluta supremacía del análisis económico del derecho, los códigos civiles quedarían considerablemente recortados.

Estas ideas parten, como ha descrito Solidoro<sup>87</sup>, de que el mercado es un organismo dinámico, eficiente, autosuficiente, por lo que puede prescindirse del Estado como custodio de los derechos y gobernador (o dominador) de las actividades sociales y de la economía, y por tanto auspiciando un Estado mero espectador de las luchas entre los intereses en juego al que solamente compete la modesta función de controlador de la corrección del tráfico (ausencia de fraudes, transparencia, comportamiento leal entre las

---

<sup>84</sup> TORRENT, *¿Justicia sin Estado? ¿Es el Estado un mal innecesario?*, en *Procesos de Mercado*, IV (2007) 259.

<sup>85</sup>

<sup>?</sup> Para una crítica de las teorías monetarista y keynesiana, vid. J. HUERTA DE SOTO, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*<sup>2</sup>, (Madrid 2002) 397 ss. Huerta de Soto, admirado colega en la Universidad Rey Juan Carlos 8Madrid) es el máximo representante en España de la Escuela Austríaca de Economía.

<sup>86</sup>

<sup>?</sup> HUERTA DE SOTO, *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, (Madrid 1992)

<sup>87</sup>

<sup>?</sup> SOLIDORO, *tradiz. Romanist.* II, 257-258.

partes concurrentes). Añade Solidoro que “da questa prospettiva il mercato agisce con le sue dinamiche interne, aspettandosi dal diritto modelli non oppresivi, ma al contrario propositivi e liberatori. Il mercato si muove senza necessità del diritto, traducendo le sue regole in regole giuridiche emarginando lo Stato legislatore. L’economia del mercato è stata dunque intesa come elemento propulsore della produzione del diritto, ormai mero strumento complementare di garanzia della correttezza dei giochi che si svolgono in un mercato libero”.

Avanzando por estas vías en los ultimísimos tiempos se fue extendiendo la idea –entre algunos civilistas y comparativistas- que era suficiente un derecho estatal “suave” cuya legislación solamente significara una simple juridificación de los intereses<sup>88</sup>. Sin embargo esta pretendida santidad y omnisciencia de los mercados ha tenido fracasos clamorosos como se ha visto en las recientes catástrofes financieras a partir del 2007, debidas en parte a la falta de regulación de los mercados, fundamentalmente financieros que fracasaron entre otras causas por su laxa regulación

---

88

<sup>?</sup> Vid. los trabajos publicados en G. ALPA – F. PULITINI – s. ROPDOTÀ – F. ROMANI (cur.), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, (Milano 1982); ALPA, *Che cos’è il diritto privato*, (Roma-bari 2009); Id., *La cadute delle regole. Storia del diritto civile italiano*, (Roma-Bari 2009); G. ROSSI, *Il tgioco delle regole*<sup>§2</sup>, (Milano 2006).

estatal; también por la ineficiencia de las autoridades regulatorias (autoridades monetarias, Bancos centrales, y esto mismo ocurrió con el Banco Central Europeo) que con bajísimos tipos de interés provocaron un artificial efecto riqueza favoreciendo en los años de bonanza una auténtica fuga hacia adelante en la demanda –y concesión- de crédito que estalló en el momento que los ciudadanos estadounidenses comenzaron a dejar de pagar sus hipotecas, cayendo el mercado de futuros y de las llamadas hipotecas sub-prime empaquetadas por los bancos de inversión y vendiéndolos pasando de mano en mano con ganancias en cada transacción alimentando alegremente un mercado de billones de dólares con nula valoración de riesgos provocando la ruina de muchos inversores individuales y la quiebra de potentísimos bancos de inversión (Lehman Brothers fue el caso mas clamoroso). Como efecto del crack financiero mundial se reclama ahora al Estado una producción legislativa rigurosa, con fuertes organismos reguladores que intervengan y regulen los mercados (podemos poner como ejemplo de ello en Europa los sucesivos Acuerdos de Basilea sobre capitalización bancaria, y los trabajos -aún inacabados- por lograr la unificación bancaria europea). Las últimas consecuencias de todo ello ha sido –a nivel teórico- poner en sede de revisión las tesis económicas ultraliberales de Milton Friedman<sup>89</sup> que recelaban de la

---

89

función del Estado como generador y distribuidor de riqueza dejando todo a la iniciativa del mercado, conduciendo en ocasiones a ataques puros y duros al derecho positivo estatal, obviamente tachado de ineficiente por el análisis económico de las estructuras jurídicas.

Ni tanto ni tan calvo: que el Estado es mal administrador es para todos una experiencia que no necesita demostración, y tenemos evidencias en España de la ineficiencia, despilfarro, y nula atención a la economía productiva tanto por el Estado central como por numerosísimas empresas públicas que bajo el velo de atender funciones públicas perfectamente atendibles –y con menores costes- por empresas privadas, han despilfarrado el dinero público, actuaciones que para mayor escarnio han llevado aparejados numerosos casos de corrupción en que sus administradores actuaban pura y llanamente *pro domo sua* (por decirlo del modo más compasivo mutuando palabras de Cicerón). La reacción contraria no tardó en producirse para refutar la idea no explicitada pero subyacente en la teoría económica liberal de que el

---

<sup>?</sup> Expuestas en numerosos trabajos; citaré las que me parecen más significativas: M. FRIEDMAN, *A theory of the consumption function* (Princeton 1957); *Dollars and deficits*, (Prentice Hall, New Jersey 1968, traducido al español por Alberto Luis Boito con el título *Dólares y déficits*, Buenos Aires 1971) ; FRIEDMAN – A. J. SCHWARZ, *Has Government any Role in Money*, en *Journal of Monetary Economics*, 17 (1986) 37-72

mercado ni es bondadoso ni perfecto, sino más bien el santuario de la exagerada codicia de los hombres (especialmente los poderosos), de la especulación desatada, y hoy desde amplios sectores se aspira a una rigurosa regulación estatal y de las autoridades comunitarias que tenga en cuenta los intereses de los individuos para proteger su economía individual como también de la sociedad en su conjunto dentro de una cierta ética económica que estaba ausente en unas laxas estructuras jurídicas dirigidas exclusivamente a primar el beneficio económico.

Indudablemente la protección de todos estos intereses exorbita de la pura codificación civil para entrar en otros ámbitos más amplios: regulación europea en aras de la auspiciada unificación jurídica de la UE que se va imponiendo en sectores parciales como la protección comunitaria de consumidores y usuarios, y entre nosotros la protección constitucional de los derechos individuales. Pero todo esto tiene una consecuencia clara: va dejando de lado la antigua posición central –y única- de los derechos privados en el C.c. Tengo la impresión que por esta vía se irá quizá al abandono de los códigos, y desde luego a una nueva formulación del derecho que difuminará los tradicionales perfiles distintivos entre derecho público y derecho privado y el rígido conceptualismo heredado de la Pandectística, quizá incluso una nueva dogmática

Para acabar este trabajo no puedo dejar de lado una idea que a partir de Natalino Irti ha ido abriéndose camino: la descodificación del derecho (Irti denomina nuestra época “età della decodificazione”), que tiene relación tanto con los códigos civiles como con el malogrado (por el momento) *Contract Law Code* europeo. La verdad es que la falta de seguridad jurídica en la que vivimos hace cuestionar si tener códigos sea o no una ventaja<sup>90</sup>. Observa Solidoro<sup>91</sup> que desde los años 70 del siglo pasado se ha observado una tendencia general al alejamiento, si nó a una verdadera y propia “fuga” de los códigos, y que la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley con la generalización de la capacidad jurídica a todos prevista desde el C.c. francés de 1804 basado en el dogma de la autonomía privada, era una situación engañosa debida a la ideología abolicionista de privilegios que había traído la Revolución Francesa, igualdad que Caroni<sup>92</sup> entiende una ficción, al pretender imponer un derecho igualitario a una sociedad de desiguales. La generalizada igualdad se había impuesto desde la abstracción y el desconocimiento de persistencia de situaciones

---

<sup>90</sup> TORRENT, *El derecho romano como instrumento para la crítica del derecho positivo*, en *Homenaje Vallet de Goytisolo*, I (Madrid 1988) 753.

<sup>91</sup>

<sup>?</sup> SOLIDORO, *Tradiz. romanist.* II. 266.

<sup>92</sup>

<sup>?</sup> P. CARONI, *Saggi sulla storia delle codificazioni*, (Milano 1998).

desiguales, incluso en el propio campo del derecho pues junto al C.c. pronto aparecieron códigos especiales para situaciones singulares (penal, mercantil, procesal) y la progresiva ampliación del derecho administrativo que poniendo en posición de supremacía a la administración pública limitaba los derechos y medios de defensa de los ciudadanos ante los poderes públicos.

Mucho más complicada se presenta la situación actual en que la actuación jurídica y económica de lobbies, corporaciones transnacionales, partidos políticos de difícil control, aparte de otra serie de situaciones singulares de los ciudadanos; pensemos en las uniones de hecho que van siendo recientemente admitidas bien en los códigos o en leyes especiales, pero con complicados derechos civiles a la hora de su aplicación práctica, uniones que van siendo mayoritarias en determinados países europeos hasta el punto que muchos jóvenes hoy pasan no sólo de la regulación canónica sino hasta de la misma regulación civil<sup>93</sup> sustituyendo la regulación jurídica por la realidad cotidiana autorregulándose los convivientes (convivencia sin embargo considerada *more uxorio*) su situación y creando una nueva tipología de la familia<sup>94</sup>.

---

93

? Vid. TORRENT, *Unión de hecho y separación de hecho*, en *Revista de derecho notarial*, (1988) 287 ss.

94

? TORRENT, *Las uniones de hecho nueva tipología de la familia*, en *Libro Homenaje Albaladejo*, II (Madrid 2005) 4783 ss.

Ciertamente que hay protección pública a una serie de ciudadanos (homosexuales, presos, pensionistas, parados), pero la regulación de estas situaciones personales no está contenida en el C.c. sino en leyes penales, administrativos, laborales, etc. Pensemos asimismo en la posición y derechos del accionista en una sociedad anónima, cuya regulación en España (y en otros países europeos) no viene en el Código de comercio, sino en leyes especiales; hay que decir que éste es uno de los temas mercantiles en el que se ha llegado a una mayor unificación jurídica debida a la obligatoriedad de una serie de Directivas sobre la materia, como en general sobre muchas situaciones referidas al gobierno corporativo. Una situación de desigualdad que destaca Solidoro<sup>95</sup> es la de los periodistas, que teniendo el privilegio de no citar sus fuentes de información, pueden dañar impunemente la reputación de una persona.

Podría decirse que del pancivilismo inicial del s. XIX se ha pasado en las postrimerías del XX a un recortamiento sustantivo de la función del C.c., por lo que no debe asombrar que especialmente en estos momentos de crisis pueda decirse que vivimos una época de descodificación<sup>96</sup> en que los viejos preceptos

---

95

? SOLIDORO, *Tradiz. romanist.* II, 268.

96

? TORRENT, TORRENT, *El der. rom. instrumento de crítica*, 759.

de nuestro C.c. adecuado a una sociedad agraria y burguesa reflejando los valores e intereses de la burguesía liberal decimonónica, hoy están superados por la sociedad industrial, e incluso postindustrial, a pesar de los numerosos parcheos a que viene siendo sometido, algunos incluso impuestos simplemente con una fuerte carga ideológica propia del partido gobernante de turno.

A mi modo de ver sin embargo, el C.c. español sigue siendo fundamental para delinear los grandes rasgos del derecho de la persona, el estatuto de los bienes, los contratos civiles, las grandes líneas de los derechos reales, los criterios fundamentales de responsabilidad civil (no tanto las garantías contractuales que cada vez más van teniendo perfiles publicísticos), los derechos y deberes dentro de la familia, y el derecho de sucesiones.

Por todo ello considero que en la tarea unificadora del derecho que señalan los Tratados Fundacionales de la CEE, nuestro Código es un elemento más que debe tenerse en cuenta para una futura regulación unitaria de la materia civil, (y la Comisión Europea pensó inicialmente en unificar la materia contractual), dentro de los imprescindibles estudios comparativísticos, que por lo que sé tampoco difieren tanto los códigos de los países continentales, y todo hay que decirlo, también se van logrando convergencias importantes con el *common law*.

